

La Revue
des Droits
de l'Homme

La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2015

L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé- liberté

Droits des malades étrangers

Nicolas Klausser



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1399>

DOI : 10.4000/revdh.1399

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas Klausser, « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 septembre 2015, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1399> ; DOI : 10.4000/revdh.1399

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté

Droits des malades étrangers

Nicolas Klausser

- 1 Interpellé par les services de police le 8 avril 2015, le requérant, un ressortissant géorgien, est l'objet d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) et d'un placement au centre de rétention administrative (CRA) de Perpignan le 9 avril. Le 13 avril 2015, le tribunal administratif rejette le recours contentieux exercé à l'encontre de ces mesures. Le 27 avril, la police aux frontières tente de l'éloigner, mais il refuse d'embarquer. Il est alors transféré au CRA de Toulouse et la rétention est prolongée par le juge de la liberté et de la détention (JLD). Toutefois, le 4 mai, l'unité médicale du CRA (UMCRA) de Toulouse saisit le médecin de l'Agence régionale de santé (MARS) des Pyrénées, afin que celui-ci se prononce sur la compatibilité de l'état de santé de l'intéressé avec son éloignement en Géorgie, M. A étant atteint d'une hépatite C.
- 2 L'article L. 511-4 10° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit en effet que ne peut être éloigné « *l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi* ». Le 6 mai, le MARS préconise dans un avis faxé à la préfecture des Pyrénées-Orientales le maintien en France de l'intéressé. Malgré cela, le 11 mai, une nouvelle exécution de l'OQTF est tentée, suivie d'un nouveau refus d'embarquement. Il est alors transféré au CRA de Palaiseau.
- 3 Le 16 mai, à l'initiative de la Cimade, un référé-liberté est exercé auprès du tribunal administratif de Versailles : il est demandé la suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement, la fin du placement en rétention, ainsi que la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour (APS). La saisine du juge des référés s'appuie sur un élément nouveau : l'avis MARS intervenu postérieurement au prononcé de l'OQTF.

- 4 Si bien que l'affaire posait au juge des référés du Conseil d'Etat, Mattias Guyomar, une question inédite : **l'intervention d'un avis médical, postérieurement à la confirmation de la légalité de la mesure d'éloignement par le juge administratif, est-elle susceptible de constituer un élément nouveau permettant de rendre recevable la requête en référé-liberté contre l'exécution de cette mesure ?** Cette question s'inscrivait dans le prolongement de jurisprudences classiques du contentieux des étrangers. Dans l'arrêt Bashardost (CE, 30 décembre 2013, n° 367533), le Conseil d'Etat a posé comme principe que l'exercice des voies de recours spécifiques prévues par le CESEDA à l'encontre de la mesure d'éloignement et du placement en rétention empêchait l'exercice ultérieur d'un référé. Toutefois, avec l'arrêt Zarribondi (CE, 6 octobre 2014, n° 381573), il a tempéré ce principe en considérant qu'un référé est recevable dans le cas où des changements de circonstances de droit ou de fait seraient intervenues depuis le prononcé de la mesure d'éloignement. Ces changements doivent excéder le cadre qu'implique normalement la mise à exécution dudit arrêté.
- 5 Il revenait donc au juge des référés de trancher si les arrêts Bashardost et Zarribondi sont toujours compatibles, et si oui, est-ce qu'en l'espèce, l'avis favorable au séjour rendu par le MARS constitue une circonstance nouvelle, ou est-ce simplement un élément postérieur à la décision préfectorale ? Dans le premier cas, l'éloignement forcé serait-il constitutif d'une illégalité manifeste au vu de l'état de santé de l'intéressé ?
- 6 Le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a considéré l'avis du MARS comme constitutif d'un changement de circonstances, le préfet n'en ayant pas eu connaissance lorsqu'il a pris son arrêté. Il a estimé la condition d'urgence remplie dès lors que l'intéressé n'avait pas été informé qu'un avis du MARS avait été émis au moment où le préfet l'a été (aucune disposition n'obligeant à informer l'intéressé du sens de l'avis du MARS). Au fond, il a constaté l'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté personnelle dès lors que le traitement apparaissait indisponible dans le pays d'origine et que l'exécution était susceptible de menacer à tout moment l'intégrité physique de l'intéressé.
- 7 Dans la mesure où l'enjeu de cette affaire dépassait le simple cadre individuel, le ministère de l'intérieur a fait appel devant le juge des référés du Conseil d'Etat. Sa démarche était probablement motivée par la crainte d'une ouverture trop large du référé-liberté pour les malades étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement et un risque de détournement de la finalité de cette procédure.
- 8 La décision – confirmative – rendue par le Conseil d'Etat est intéressante à plusieurs égards. L'audience, ainsi que le mémoire déposé par le ministère de l'Intérieur¹, se sont révélés très intéressants s'agissant des positions de ce dernier vis-à-vis des malades étrangers. Intéressantes, mais inquiétantes dans la mesure où le ministère s'oppose à la force probante et au caractère nouveau de l'avis du MARS intervenu postérieurement à l'OQTF (1°). Cette inquiétude s'estompe néanmoins grâce au juge administratif des référés du Conseil d'Etat, qui garantit aux malades étrangers un dispositif contentieux davantage soucieux des droits fondamentaux. Cependant, cette avancée, mise en perspective avec l'actuel projet de loi relatif au droit des étrangers en France et le climat politique relatif aux malades étrangers, laissent un goût amer (2°).

1°/- La négation par le ministère de l'Intérieur de la force probante et du caractère nouveau de l'avis du MARS

- 9 Le mémoire et les arguments développés par le ministère de l'Intérieur à l'audience sont assez révélateurs de ses positions vis-à-vis du droit au séjour pour soins. En arguant de l'absence du caractère nouveau de l'avis MARS favorable au malade étranger, le ministère marque une défiance à leur égard et érige les préfets en docteur (A). Défiance entretenue par la négation de l'urgence de la situation (B) et au titre de la légalité, en incitant le débat contentieux à se focaliser sur des considérations médicales (C).

A – Recevabilité : La négation du caractère nouveau de l'avis médical, une marque de défiance à l'égard des MARS

- 10 Pour nier, au titre de la recevabilité du référé, le caractère nouveau de l'avis médical rendu par le MARS postérieurement à l'édition de l'OQTF, le ministère de l'Intérieur soutenait que la préfète des Pyrénées-Orientales s'était déjà prononcée dans son arrêté sur la disponibilité des soins en considérant « *que les traitements les plus courants de l'hépatite C et de l'hépatite B sont disponibles dans le pays d'origine du requérant* ». De ce fait l'intervention de l'avis rendu par le MARS à l'occasion de la rétention du requérant ne changeait rien à l'appréciation de sa situation médicale.
- 11 Pourtant, en raison du secret médical, la préfecture n'aurait pas dû avoir connaissance de la pathologie de l'intéressé – sauf si celui-ci ou son conseil en a fait état dans ses écritures devant le tribunal administratif. En outre, l'appréciation de la disponibilité des soins est pour le moins aléatoire. La preuve en est, elle a varié d'un juge à l'autre dans cette affaire : le juge de l'OQTF du TA de Montpellier a considéré que les traitements les plus courants pour les hépatites B et C sont disponibles en Géorgie alors que le juge des référés du TA de Versailles a considéré que le préfet ne le démontrait pas – le tout sur la base des mêmes documents (une fiche sanitaire sur l'offre de soins en Géorgie datant du 25 octobre 2006, et un rapport international de juin 2011).
- 12 Pour justifier sa position, le ministère insistait sur le fait que l'avis du MARS ne pouvait être considéré comme un élément nouveau « *dans la mesure où il n'est que consultatif et que le préfet qui s'estimerait lié par un tel avis commettrait une erreur de droit* »². Ainsi, l'appréciation médicale effectuée par une préfète sur la disponibilité des soins, validée par un juge, mais insuffisante pour un autre, ne saurait être contredite par l'avis rendu par un MARS. En décrédibilisant ainsi l'appréciation d'un médecin de santé publique, on érige les préfets – et *in fine* les juges – en autorités médicales alors qu'ils n'en ont aucunement la compétence.
- 13 Les associations membres de l'Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE) ont constaté que 14 préfectures effectuent des contre-enquêtes médicales lorsque l'avis du MARS est en faveur du maintien sur le territoire du malade étranger. Cette pratique, encore inconnue en 2011, semble s'être généralisée : dans 63 procédures judiciaires au cours desquelles des étrangers ont contesté leur refus de titre de séjour a été fait mention de telles enquêtes entre 2012 et octobre 2014³. Près de 95 % ont donné lieu à une annulation du refus de séjour par les tribunaux administratifs. La plupart du temps, les

annulations ne sont pas motivées du fait de l'incompétence médicale des préfets (ces derniers n'étant pas liés par l'avis du MARS), mais du fait du caractère trop général ou imprécis des documents produits par les préfetures pour tenter de prouver que les traitements sont disponibles dans le pays d'origine (comme l'a constaté en l'espèce le juge des référés du tribunal administratif de Versailles pour M. A). Outre la négation du caractère nouveau de l'avis médical, le ministère de l'Intérieur a également nié l'urgence de la situation.

B - L'urgence : Le moment de l'information du préfet de l'avis du MARS

- 14 Sur la condition d'urgence, le ministère avançait que d'une part, la fin de la rétention du requérant était synonyme de fin d'urgence dans le cadre du référé-liberté, et que d'autre part, que l'intéressé avait connaissance de l'avis MARS plusieurs jours avant qu'il ne saisisse le juge des référés. Ce dernier point fut l'un des plus déterminants aux yeux du juge des référés au cours des débats : par qui le MARS avait-il été saisi et à quel moment l'avis avait-il été rendu (avant ou après la décision préfectorale litigieuse) ? Autrement dit, est-ce que la préfecture des Pyrénées avait pris l'OQTF et a tenté d'exécuter cette mesure alors qu'elle avait déjà connaissance de l'avis médical défavorable à l'éloignement ?
- 15 Les débats ont établi que l'avis a été rendu le 4 mai, donc postérieurement à la décision préfectorale, et que le MARS a été saisi par l'unité médicale du centre de rétention (UMCRA). Ils ont aussi établi que l'avis MARS figurait dans le dossier administratif de M.A lorsque ce dernier a fait l'objet d'une première tentative d'éloignement le 11 mai – ce qui confirme que la préfecture n'en a pas tenu compte.
- 16 Par ailleurs, le ministère avançait le fait que le requérant n'avait pas fait les démarches nécessaires : à ses yeux il aurait pu demander une carte de séjour pour soins avant son interpellation. A l'audience, La Cimade, admise en qualité de tiers intervenante, faisait valoir que l'intéressé n'est entré en France qu'en mars 2015, soit seulement un mois avant cette interpellation. En outre les refus d'enregistrement de demandes de cartes « vie privée et familiale » introduites par des malades étrangers sont monnaies courantes selon les observations associatives⁴ - malgré l'illégalité de ces pratiques. Le ministère de l'Intérieur a nié ces problèmes à l'audience.
- 17 L'enjeu de cet arrêt pour le ministère de l'Intérieur n'était pas seulement d'empêcher une ouverture trop large du droit au référé, mais de faire constater par le juge la disponibilité des soins pour les hépatites C en Géorgie. C'est alors qu'entra en scène le mystérieux médecin du ministère.

C - Au fond, la défense des décisions du médecin du ministère de l'Intérieur et de ses contre-enquêtes médicales

- 18 Pour conclure à l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté personnelle du requérant, et donc démontrer que la troisième condition du référé-liberté n'était pas remplie, le ministère de l'Intérieur a soutenu que les soins nécessaires à l'hépatite C dont souffre M. A sont disponibles en Géorgie.

- 19 A cette fin, le ministère estimait que les documents produits par la préfecture en première instance - datant de 2006 et 2011 - « *étaient particulièrement circonstanciés* » - affirmation rejetée par le juge des référés de 1^{ère} instance. Pour le requérant, si un traitement de l'hépatite C est existant en Géorgie, son accès est quasiment impossible compte tenu du coût élevé des thérapies et des médicaments.
- 20 Cette question de l'appréciation de l'accès effectif à des traitements médicaux est connue et avait été au cœur des affaires *Jabnoun* et *Bialy* en 2010 (CE, Sect., 7 avril 2010, ministre de l'Intérieur c. M. Jabnoun (N° 301640) et Ministre de l'Immigration c/ Mme Diallo épouse Bialy (N° 31662) - Actualités droits-libertés du 8 avril 2010 par S. Slama), sur conclusions de Mattias Guyomar. Mais peu après, comme le rappelait le ministère à l'audience la loi « Besson » du 16 juin 2011 avait remplacé la notion « d'accès effectif » au traitement par celle « d'absence » de traitement approprié - restriction validée par le Conseil constitutionnel alors même qu'elle expose les malades étrangers à des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur leur santé ou leur vie en cas d'interruption des traitements à l'occasion du renvoi vers leur pays d'origine (Cons. constit. Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité - Actualités Droits-Libertés du 13 juin 2011 par Serge Slama). Ainsi, par exemple, n'est plus prise en compte la capacité pour la personne de pouvoir payer le traitement dont elle aurait besoin. Certes, dans le but d'atténuer les effets de cette réforme, le ministère de la Santé - dont dépendent les MARS - a précisé la notion d' « *absence de traitement approprié* » dans une instruction du 10 novembre 2011⁵ : elle doit être évaluée en fonction de l'état de santé de l'intéressé, du traitement dans sa globalité et de l'offre de soins dans le pays d'origine⁶.
- 21 Pour tenter d'établir la disponibilité des soins en Géorgie, le ministère a pris le parti de développer longuement à l'audience des données sur l'hépatite C, les médicaments qui la traitent, et ceux disponibles en Géorgie. Il est apparu à cette audience que cette évaluation médicale est effectuée au sein du ministère par le médecin général, inspecteur et conseiller santé auprès du Directeur général des étrangers en France (DGEF).
- 22 Le rôle de ce médecin interroge. En effet, lorsqu'il est question d'expertise médicale dans le champ migratoire, le ministère de la Santé est compétent. Bien que le projet de loi sur le droits des étrangers, actuellement en débat, prévoit que désormais les avis médicaux seront rendus par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), établissements sous la tutelle du ministère de l'Intérieur, le ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve et le rapporteur du texte, Erwan Binet, se sont engagés à ce que ces médecins ne dépendent que du ministère de la Santé.
- 23 Or, le médecin inspecteur de la DGEF, qui a toujours été le même depuis sa nomination par Eric Besson, est bien connu des milieux associatifs. Lorsqu'il était MARS en charge de l'évaluation du droit au séjour pour soins en région Centre, les associations avaient demandé sa révocation du fait du taux plus qu'élevés d'avis négatifs rendus. Il a, à nouveau, récemment fait parler de lui, suite à une note interne de la préfecture des Pyrénées obtenue par La Cimade, et révélée par Le Monde⁷. Cette note, remise par erreur à un étranger demandant une carte de séjour pour soins suivie par La Cimade, propose deux solutions au préfet, « *après consultation de M. Montagnon, expert santé auprès de la DGEF : soit suivre l'avis rendu par le MARS⁸, soit prendre un refus de séjour assorti d'une OQTF, au motif que :*

- 24 *M. X n'a jamais fait état de sa maladie lors de son audition à l'OFPPA et en préfecture à l'occasion de sa demande d'asile ;*
- 25 *Sa demande d'étranger malade a été déposée postérieurement à la décision de refus de sa demande d'asile rejetée par la CNDA, et qu'à ce titre, il peut être considéré qu'il s'agit d'une mesure dilatoire* ».
- 26 *Le but de cette deuxième solution est clairement expliqué à la fin de la note : « la décision de refus de séjour avec OQTF, si elle est contestée devant le tribunal administratif, permettra non seulement d'obtenir une jurisprudence, mais également de connaître par le biais des certificats médicaux présentés, la pathologie de M. X. Il conviendra à ce moment de saisir une nouvelle fois M. Montagnon, qui confirmera ou infirmera l'avis du MARS ».*
- 27 *Interpellé sur cette note par l'association AIDES qui la mentionne dans son rapport, la direction de la DGEF a affirmé ne pas être au courant d'une telle procédure, et l'enquête interne diligentée n'a rien donné. Même le principal concerné ne serait pas au courant d'une telle procédure occulte.*
- 28 *Au cours de l'audience, ce même médecin-inspecteur du ministère a tenu un raisonnement assez inattendu pour expliquer l'avis favorable du MARS rendu dans l'affaire commentée. A ses yeux, soit le MARS a rendu un avis favorable en suivant tout simplement l'instruction de la Direction générale de la santé (DGS) du 10 novembre 2011¹⁰ « et dans cas, il ne s'agit pas d'un MARS indépendant ». Soit il s'agit d'un MARS « indépendant et professionnel », qui a effectué son expertise sans suivre spontanément l'instruction de la DGS – distinction caricaturale qu'a critiqué M. Guyomar à l'audience.*
- 29 *La prise de position du Dr Jekyl ministériel est d'autant plus étonnante qu'elle est isolée s'agissant de l'accessibilité effective des traitements à l'hépatite C en Géorgie. Il ressort en effet des données collectées par La Cimade, qui intervient dans plusieurs centres de rétention (10 en 2015) que de février 2013 à mars 2015, sur les 11 Géorgiens souffrant d'hépatites C pour lesquels un avis MARS a été rendu, 10 étaient défavorables à l'éloignement en raison de l'absence de traitement approprié en Géorgie. Onze avis MARS, si on prend le cas de M. A. Les avis mentionnés ont été rendus par des MARS différents (trois de l'ARS d'Île-de-France, trois de l'ARS Rhône-Alpes, deux d'Aquitaine, une de Normandie, et une des Midi-Pyrénées).*
- 30 *Comme on pouvait s'y attendre, et comme il l'avait déjà fait à l'occasion de l'affaire Jabnoun et Bialy, le ministère a appuyé son argumentation sur le très critiqué arrêt N. c/ Royaume-Uni¹¹ de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Selon cet arrêt mortifère, « le fait qu'en cas d'expulsion de l'Etat contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3 ». Mais on sait que cet arrêt est très contesté et après un premier renvoi avorté¹², une nouvelle affaire devrait prochainement permettre à la Grande chambre de mettre cette jurisprudence en conformité avec la Convention.*
- 31 *Les moyens mis en œuvre par la DGEF pour empêcher qu'une voie de droit supplémentaire soit ouverte aux malades étrangers et contrecarrer les avis favorables rendus en rétention par les MARS sont assez révélateurs du positionnement gouvernemental par rapport aux étrangers, malades plus spécifiquement. Fort heureusement, l'appréciation du juge des référés a été plus protectrice.*

2°/- Une ordonnance du juge des référés confortant la protection des malades étrangers en instance d'éloignement

- 32 La décision rendue par le juge des référés du Conseil d'Etat est indéniablement constitutive d'une avancée non-négligeable en consacrant le caractère nouveau de l'avis du MARS intervenant postérieurement à l'édition de l'OQTF, et par suite la recevabilité du référé-liberté (A). Cette jurisprudence est d'autant plus bienvenue que le projet de loi relatif au droit des étrangers ne prévoit aucun dispositif pour les personnes malades placées en rétention (B).

A - Le caractère nouveau de l'avis MARS évince le débat médical au contentieux

- 33 Jusqu'à présent, aucun texte normatif n'est venu préciser le mode de mise en place de l'article L. 511-4 10° du CESEDA, visant à protéger un malade étranger ne pouvant avoir accès aux soins dans son pays d'origine contre l'éloignement dans le cas où l'avis médical intervient postérieurement à l'OQTF – généralement à l'initiative du service médical du centre de rétention. Seule la circulaire du 17 décembre 1999¹³ s'est prononcée sur la question de la santé en rétention. Mais elle a laissé de nombreuses zones d'ombre, notamment le moment de la saisine du MARS par le médecin de l'UMCRA, son caractère automatique ou facultatif, ou encore le droit à l'information du patient tout au long de la phase médicale.
- 34 Par ailleurs, la saisine du MARS par une personne placée en rétention est dépourvue d'effet suspensif à l'égard de la mesure d'éloignement – ce qui compromet grandement le caractère effectif de cette protection contre l'éloignement.
- 35 L'exemple des ressortissants géorgiens placés en rétention est assez emblématique de cette carence juridique : plus de la moitié des malades étrangers placés dans un centre de rétention où intervient La Cimade sont de nationalité géorgienne (22 personnes sur 38). Parmi elles, 19 sont atteintes d'une hépatite C, comme c'est le cas du requérant. Parmi ces 22 personnes, 6 ont été effectivement éloignées, et toutes étaient atteintes d'une hépatite C ou d'une co-infection (hépatites B et C). Sur ces 6 expulsions, 4 ont eu lieu malgré un avis favorable au maintien sur le territoire français. Les deux autres étrangers ont été éloignés alors que l'avis du MARS n'avait pas encore été rendu¹⁴. La situation de M.A est une illustration frappante de cette faille légale : il a dû refuser deux fois d'embarquer avant d'être libéré parce que la saisine du MARS, puis l'avis rendu par ce dernier étaient sans incidences sur la décision de la préfecture...Seule l'intervention, en référé-liberté, du tribunal administratif de Versailles a permis de faire cesser cette situation d'atteinte à sa liberté personnelle.
- 36 Cette ordonnance a été confirmée en appel. Le juge des référés du Conseil d'Etat a en effet considéré que **l'avis du MARS « qui a été porté à la connaissance du préfet des Pyrénées-Orientales, le 6 mai 2015, constitue, alors même qu'il ne la lie pas, un élément nouveau devant nécessairement conduire l'autorité administrative à réexaminer la situation de M. A avant de procéder effectivement à son éloignement à destination de la Géorgie »**. Un ultime référé est donc possible pour les malades étrangers bénéficiant d'un avis positif du MARS

(ou prochainement du MOFII) en cas de saisine par l'UMCRA. La circonstance que cet avis ne lie pas l'autorité administrative dans sa prise de décision est sans incidence sur le fait qu'il est constitutif d'un changement de circonstances.

- 37 Le raisonnement retenu par le juge des référés du Conseil d'Etat est d'autant plus fondé qu'il n'exige pas du juge des référés d'entrer dans des considérations médicales, contrairement à ce qu'avait fait le juge de première instance. Au cours de l'audience, face aux multiples développements du médecin conseil de la DGEF sur la disponibilité des soins en Géorgie, M. Guyomar a estimé qu'il trouvait ce débat gênant, car touchant au secret médical. Bien que le ministère a apporté davantage d'éléments sur la disponibilité des soins, il a clairement indiqué ne pas vouloir que cette audience serve à refaire l'évaluation médicale de l'intéressé. Le ministère a alors fait valoir qu'il était dans son droit de contredire l'avis du MARS, avec lequel il n'est pas d'accord. Afin de couper court, le juge indiqua qu'il n'était pas de son office d'instruire des questions liées au secret médical, qui plus est lorsque l'autorité administrative n'a pas eu ces éléments en mains pour prendre la décision contestée. Face à l'insistance du ministère, le juge des référés expliqua qu'il était très compliqué pour le juge des référés de statuer sur ce point : il y a plusieurs rapports médicaux, tous n'allant pas dans le même sens. Selon l'ancien rapporteur, c'est de l'office de la médecine de statuer là-dessus, pas du juge.
- 38 Cette question de l'opportunité du débat ou non sur la disponibilité des soins dans les tribunaux administratifs est fondamentale : le juge ayant à se prononcer sur cette question pourrait-il refuser du fait de son incompétence en terme de médecine ? En faveur de ce débat, certains juges avancent le fait qu'ils doivent évaluer concrètement la disponibilité des soins dans le pays d'origine. Et, pas plus que les MARS ils ne sont tenus de suivre les instructions ministérielles sur cette question.
- 39 A l'encontre d'un tel débat, les arguments varient selon la situation en cause. Lorsque l'avis du MARS est défavorable au maintien de la personne en France, le débat médical au contentieux apparaît nécessaire : le requérant est obligé de dévoiler le secret médical pour contre argumenter. Il serait pourtant possible au juge d'enjoindre une nouvelle expertise médicale afin de préserver ce secret médical. Dans le cas où l'avis du MARS est favorable au maintien du malade étranger en France, mais que malgré cela, la préfecture estime les soins comme étant disponibles dans le pays d'origine, jusqu'à présent, aucun tribunal administratif n'a annulé la décision préfectorale en relevant l'incompétence de la préfecture sur les questions médicales ou de disponibilités des soins. Certes, l'avis du MARS ne lie pas les préfets. Mais compte tenu de l'incompétence des préfectures en matière médicale et dans la mesure où elles n'ont pas accès aux éléments médicaux du dossier couverts par le secret médical, elles ne devraient pas pouvoir se dissocier de l'avis du MARS et un refus ne devrait être fondé que sur un autre motif relevant des conditions administratives (menace à l'ordre public ou défaut de résidence habituelle par exemple)¹⁵.
- 40 L'ordonnance commentée a été rendue un peu plus d'un mois avant que les débats à l'Assemblée nationale sur le projet de loi sur le droit des étrangers ne commencent. Cela illustre les contradictions soulevées par le droit au séjour pour raisons médicales par le politique.

B - L'approche politique des malades étrangers : la suspicion comme *leitmotiv*

- 41 L'ordonnance commentée n'aura de portée effective que si la saisine du MARS par l'UMCRA entraîne automatiquement la suspension provisoire de la mesure d'éloignement. Autrement, les malades étrangers pourront toujours être éloignés avant que cet avis ne soit rendu. Un amendement en ce sens a d'ailleurs été discuté à l'Assemblée, mais le rapporteur du projet de loi, Erwann Binet, a soutenu la même position que le ministère de l'Intérieur dans la présente affaire, en défendant que le caractère suspensif de la mesure d'éloignement ne pourrait avoir pour seul effet que la multiplication des saisines dilatoires¹⁶ - c'est-à-dire les saisines systématiques des médecins lorsqu'un étranger risque de se faire éloigner, afin de retarder l'échéance de l'éloignement. Ou quand la suspicion des « abus » de procédure par les étrangers l'emporte sur la protection des droits fondamentaux.
- 42 Il en est de même pour la question aussi centrale de la compétence liée : si l'autorité préfectorale avait été liée à l'avis favorable du MARS, la rétention aurait cessé dès le jour où l'avis a été rendu. Dans ses conclusions sur les arrêts de section du Conseil d'État Jabnoun et Bialy du 7 avril 2010¹⁷, M. Guyomar, alors rapporteur, avançait que « l'autorité préfectorale ne peut que s'en remettre à l'avis médical (...) », et s'il désire s'en écarter « le préfet peut solliciter un nouvel avis du médecin inspecteur ou même s'écarter du premier qui n'est que consultatif ». Il n'est pas envisagé que le préfet s'écarte frontalement des éléments médicaux de l'avis du MISP sans demander, à tout le moins, un second avis.
- 43 Ces pratiques - ainsi que le fort taux d'annulation de ces refus de séjour - ont amené certaines associations membres de l'ODSE (AIDES, La Cimade et Médecins du Monde, soutenues par d'autres) à proposer un amendement visant à lier le préfet à l'avis médical, sous certaines conditions : « Lorsque l'avis du médecin est favorable, le préfet ne peut s'en écarter que pour des considérations autres que médicales ». La formulation retenue permet de lier le préfet uniquement sur les aspects médicaux et non sur les aspects administratifs (tels que la condition de résidence habituelle, ou l'absence de menace à l'ordre public). Mais il n'a pas été repris par des députés ou le Gouvernement. Certes, un amendement portant sur le même sujet a été déposé par des députés PS : « L'avis est conforme lorsqu'il conclut à l'impossible éloignement de l'étranger à raison de son état de santé ». Il n'a cependant pas été adopté. Le principal argument avancé par le rapporteur a été - là aussi - le risque de fraude au droit au séjour pour soins¹⁸. L'exemple d'une personne malade allant d'hôpitaux en hôpitaux sous l'identité de personnes étrangères non-malades, pour que ces dernières puissent bénéficier d'un droit au séjour pour soins a été cité¹⁹. Or, le fait de lier le préfet à l'avis médical n'empêche en rien de refuser un titre de séjour si l'étranger concerné a fraudé.
- 44 En réalité, ce que craint le Gouvernement, c'est la perte de la mainmise des préfetures et du ministère de l'Intérieur sur le droit au séjour pour soins. Actuellement, elle peut encore contrôler la régularisation par le biais du droit au séjour pour raisons médicales, en « contre-enquêtant » sur la disponibilité des soins dans le pays d'origine. Si les préfets étaient liés dans l'évaluation médicale, leur possibilité de refuser le droit au séjour aux malades étrangers sera réduite à des considérations administratives en cas d'avis favorable de MOFII. Et il est plus difficile de réguler les flux migratoires sur la base de conditions administratives, trop concrètes et vérifiables, qu'au regard d'éléments plus

subjectifs, telles que la disponibilité des soins ou, comme c'est le cas en droit d'asile, sur la véracité des persécutions subies dans le pays d'origine.

- 45 L'argument des fraudes est redondant pour refuser certaines avancées dans le projet de loi. Or, avancées juridiques et lutte contre les fraudes ne sont pas exclusives l'une de l'autre. C'est le signe d'un manque manifeste de volonté progressiste, et de considérations pour les recommandations des associations spécialisées et des autorités administratives indépendantes que sont la Commission nationale consultative des droits de l'homme et le Défenseur des droits.

*

- 46 **CE, réf. 11 juin 2015, M. X., n° 390705**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Pour la rédaction de cet article, l'auteur a assisté à l'audience et a pu obtenir le mémoire du ministère de l'Intérieur par le biais de La Cimade.
2. CE, 6 janvier 2006, Préfet de police c/ Mohammed, n° 274989 ; CAA Lyon, 24 janvier 2013, *Ibishi*, n° 12LY01457.
3. Recueil de jurisprudence ADDE-Cimade-Comede, *Admission au séjour pour raisons médicales*, vol. III, avril 2015.
4. Rapport de l'observatoire malades étrangers, AIDES, Juin 2015, page 25. Voir aussi TA Paris, 8 décembre 2011, n° 1014735/3-2 ; TA Lyon, 7 mai 2012, n° 1005360.
5. Instruction de la Direction générale de la Santé du 10 novembre 2011 relative aux recommandations pour émettre les avis médicaux concernant les étrangers malades atteints de pathologies graves. Cette instruction a été citée à de nombreuses reprises à l'occasion du débat en première lecture du projet de loi sur le droit des étrangers en France à l'Assemblée nationale en juillet 2015.
6. Le projet de loi immigration actuellement en débats prévoit de revenir à la notion d'accès « effectif » dans l'évaluation médicale.
7. Maryline Baumard, « De plus en plus d'étrangers malades renvoyés dans leur pays », *Le Monde*, 20 mai 2015.
8. Cette solution peut être considérée comme respectueuse de l'esprit de la procédure.
9. Aides, Rapport de l'observatoire malades étrangers, Juin 2015, page 37.
10. Plus spécifiquement, son annexe 2, qui préconise de considérer l'absence de disponibilité des soins pour le VIH et les hépatites B et C dans les pays en développement, sans lister ces derniers

11. CEDH, GC, 27 mai 2008, n° 26565/05.
 12. V. notre lettre ADL, §23 (Nicolas Klausser, « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 09 janvier 2015). Voir aussi l'opinion dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE sous la décision de radiation du rôle du 19 mars 2015 dans l'affaire *S.J. c/ Belgique*.
 13. Circulaire du 7 décembre 1999 relative au dispositif sanitaire en place dans les centres de rétention administrative.
 14. Aides, *rapport préc.*, p. 47.
 15. Pour davantage de lecture sur le sujet, lire l'intéressant article de François Bérroujon, « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », *Droit administratif*, décembre 2014, étude 19.
 16. Assemblée nationale, XIV^e législature, Session extraordinaire de 2014-2015, Projet de loi immigration, Compte rendu intégral, Première séance du jeudi 23 juillet 2015, sur l'amendement n° 289.
 17. **CE, Sect., 7 avril 2010**, ministre de l'Intérieur c. M. Jabnoun (N° 301640) et Ministre de l'Immigration c/ Mme Diallo épouse Bialy (N° 316625). **Voir également** : Serge Slama, *Etrangers malades : prise en compte des possibilités socio-économiques d'accès effectif aux traitements dans le pays*, Actualités droits-libertés du 8 avril 2010.
 18. Assemblée nationale, XIV^e législature, Session extraordinaire de 2014-2015, Projet de loi immigration, Compte rendu intégral, Deuxième séance du mardi 21 juillet 2015, sur l'amendement n° 277.
 19. A noter que si le cas des fraudes est fréquemment cité, aucune donnée statistique n'est divulguée par le ministère de l'Intérieur.
-

RÉSUMÉS

Par une ordonnance du 11 juin 2015, le juge des référés du Conseil d'Etat, saisi par le ministère de l'Intérieur, a considéré que l'avis du médecin de l'Agence régionale de santé (MARS) défavorable à l'éloignement d'un malade étranger ne pouvant avoir accès aux soins dans son pays d'origine était constitutif d'un élément nouveau donnant accès à la procédure de référé-liberté, alors même que le tribunal administratif s'est déjà prononcé sur l'obligation de quitter le territoire français (OQTF), dès lors que la préfecture et ce dernier n'avaient pas connaissance de cette circonstance lorsqu'ils ont statué sur la situation de la personne. Au-delà de la garantie juridique découlant de cette voie de recours, cette décision est révélatrice du positionnement du ministère de l'Intérieur vis-à-vis du cadre légal relatif aux malades étrangers. Cette décision, mise en perspective avec le projet de loi sur l'immigration récemment débattu à l'Assemblée nationale et prochainement au Sénat, illustre un décalage entre le champ politique et le champ juridique en matière de droit des malades étrangers.

AUTEUR

NICOLAS KLAUSSER

Doctorant en droit public, Université Paris Ouest-Nanterre, CREDOF-CTAD